

ESIMESE ASTME KOHTU OTSUS (viies koda)

7. juuni 2005 *

Kohtuasjas T-303/03,

Lidl Stiftung & Co. KG, asukoht Neckarsulm (Saksamaa), esindaja: advokaat
P. Groß,

hageja,

versus

Siseturu Ühtlustamise Amet (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused),
esindajad: U. Pflegar ja G. Schneider,

kostja,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

teine menetluspool Siseturu Ühtlustamise Ameti apellatsioonikojas, menetlusse astuja Esimese Astme Kohtus

REWE-Zentral AG, asukoht Köln (Saksamaa), esindaja: M. Kinkeldey, hiljem advokaadid M. Kinkeldey ja C. Schmitt,

mille esemeks on hagi Siseturu Ühtlustamise Ameti (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) esimese apellatsioonikoja 30. juuni 2003. aasta otsuse peale (asi R 408/2002-1), mis käsitleb siseriikliku kaubamärgi SOLEVITA omaniku esitatud vastulauset ühenduse sõnamärgi Salvita registreerimise taotlusele,

EUROOPA ÜHENDUSTE ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda),

koosseisus: koja esimees M. Vilaras, kohtunikud F. Dehousse ja D. Šváby,

kohtusekretär: H. Jung,

arvestades 4. septembril 2003 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud hagiavaldust,

arvestades 16. jaanuaril 2004 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud Siseturu Ühtlustamise Ameti kostja vastust,

arvestades 16. jaanuaril 2004 Esimese Astme Kohtu kantseleisse saabunud menetlusse astuja seisukohta,

arvestades 30. novembri 2004. aasta kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse taust

- 1 REWE-Central AG esitas 14. augustil 1997 Siseturu Ühtlustamise Ametile (kaubamärgid ja tööstusdisainilahendused) (edaspidi „ühtlustamisamet”) nõukogu 20. detsembri 1993. aasta määruse (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1994, L 11, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 146) alusel taotluse ühenduse kaubamärgi registreerimiseks.
- 2 Kaubamärk, mille registreerimist taotleti, on sõnamärk Salvita.
- 3 Kaubad, mille jaoks registreerimist taotleti, kuuluvad 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni

Nizza kokkuleppe (uuesti läbi vaadatud ja parandatud kujul) klassidesse 5, 29, 30 ja 32 ning vastavad asjaomases klassis järgmisele kirjeldusele:

- klass 5: „meditsiinilised taimeteed, meditsiiniliseks kasutamiseks mõeldud närimiskumm; imikutoit; kõik loetletud kaubad müügiks ainult toiduainete-kauplustes”;

- klass 29: „liha, kala, linnuliha, ulukiliha, molluskid ja koorikloomad, nendest valmistatud tooted; vorstitooted, liha, linnuliha ja kala, kaaviar; liha-, kala-, linnuliha- ja ulukilihasalatid; liha-, linnuliha-, ulukiliha- ja kalapasteedid, lihaekstraktid; puu- ja köögiviljad ning kuivatatud (töödeldud) puuviljad; puu- ja köögiviljapüreed; kulinaarsalatid köögiviljadest või salatitaimedest; kartulitooted, nimelt friikartulid, kroketid, praekartulid, värsked kartulid, kartulipuder, kartulikotletid, praekartulid Berni moodi, kartulipannkoogid, kartulikrõpsud, kartulipulgad; *semmelknödel* (keedetud jahupallikesed); poolfabrikaadid ja valmistoidud, nimelt supid (kaasa arvatud suppide valmissegud), hautamistoit, kuiv sügavkülmutatud ja mittekuiv sügavkülmutatud toidud, mis on tehtud ühest või mitmest järgnevalt nimetatud toiduainest: liha, kala, köögiviljad, töödeldud puuviljad, juust, makaronitooted, riis; lihatarrendid, puu- või köögiviljatarretised, moosid; munad, piim ja piimatooted, eriti joogipiim, hapupiim, petipiim, jogurt, puuviljajogurt, jogurt šokolaadiga või kakaolisandiga, alkoholita piima-joogid, keefir, hapukoor, kohupiim, kohupiimatooted puuviljade ja maitserohe-lisega, piima ja maitselisanditega magustoidud, milles on tarretamiseks kasutatud želatiini ja/või tärklisi, või, searasv, juust ja juustutooted; tarretatud pudingid; salatikastmed; toiduõlid ja -rasv; soolaküpsised, teraviljakrõpsud, soolapähklid, pähklid ja muud suupisted, mis sisalduvad klassis 29; (võimaluse korral) kõik eespool loetletud kaubad kui mittemeditsiinilised, dieettoiduained; kõik eespool loetletud kaubad (võimaluse korral) külmutatuna, konservituna, steriliseerituna või homogeniseerituna”;

- klass 30: „kastmed, püreed, paksendusained, valmiskastmed pulbrina, ketšup, mädarõigas, kappar; kohv, tee, kakao, šokolaad, šokolaaditooted, kakaopulber kakaojookide valmistamiseks; šokolaadijoogid, martsipan, pähklimass, martsipani- ja pähklitooted; pudingid, magustoidud pudingiga, koogitaignad, mida valmistatakse tavaliselt suhkru, kakao, pähklimassi, piima ja/või rasvainetega; šokolaadid, ka täidisega; suhkur, maiustused, vanillsuhkur, kompvekid, iseäranis karamelli-, piparmündi- ja puuviljakompvekid, kummikompvekid, pulgakommid, närimiskumm (v.a meditsiiniline); riis, tapiokk, kohviasendajad; pitsad; jahu, teraviljasaadused, kroovitud täisteravili, nimelt riis, nisu, kaer, oder, rukis, hirss, mais ja tatar, need tooted ka segatuna ja teisiti valmistatuna, eriti nisukliid, nisuidud, maisijahu, maisimanna, linaseemned, müsli ja müslibatoonid (koosnevad peamiselt teraviljahelvestest, kuivatatud puuviljadest, pähklitest), teravili, paismais; leib, kuklid, pagari- ja kondiitritooted; makaronitooted ja täisteramakaronitooted, eriti nuudlid; küpsetusvalmis koogitaignad, aroomiained, tordikaunistused, jäätis; mesi, melass, pärm, küpsetuspulber; pudingipulber; sool; sinep; äädikas; vürtsid, vürtsisegud, pipraterad; soolaküpsised, teraviljakrõpsud, soolaga ja soolata pähklid ning muud näksid klassis 30; (võimaluse korral) kõik eespool loetletud kaubad kui mittemeditsiinilised dieettoiduained; kõik eespool nimetatud kaubad (võimaluse korral) ka külmutatuna, konservituna, steriliseerituna või homogeniseerituna”;

- klass 32: „õlu; mineraal- ja gaseeritud vesi ning muud alkoholivabad joogid; puuviljajoogid ja puuviljamahlad; köögiviljamahlad, siirupid ja muud joogivalmistusained, piimavadaku põhjal valmistatud joogid, joogipulbrid”, [mitteametlik tõlge].

⁴ Kaubamärgi registreerimise taotlus avaldati 13. juuli 1998. aasta Ühenduse Kaubamärgibülletäänis nr 50/98.

- 5 Lidl Stiftung & Co. KG esitas 13. oktoobril 1998 vastulause taotletud kaubamärgi registreerimisele, väites kaubamärkide segijamise tõenäosuse olemasolu määrase nr 40/94 artikli 8 lõike 1 punkti b mõttes. See vastulause tugineb varasemale Saksamaa kaubamärgile SOLEVITA, mis on registreeritud 27. juunil 1983 klassi 32 kaupadele Nizza kokkuleppe mõttes. Vastulause esitati erinevate klassi 29, 30 ja 32 kaupade suhtes, mis on täpsustatud ühenduse kaubamärgi taotluses.

- 6 Menetlusse astuja palus 27. oktoobri 1999. aasta kirjas hagejal tõendada oma kaubamärgi kasutamist vastavalt määrase nr 40/94 artikli 43 lõikele 2.

- 7 18. jaanuaril 2000 kutsus ühtlustamisameti vastulausete osakond hagejat esitama nimetatud tõendid kahekuulise tähtaja jooksul.

- 8 14. veebruaril 2000 esitas hageja järgmised tõendid:
 - tõendatud tunnistus, mis kannab 27. jaanuari 2000. aasta kuupäeva, millele on alla kirjutanud rahvusvahelise müügi direktor ja mis käsitleb SOLEVITA kaubamärgi all toodetud kaupade käivet Saksamaa Liitvabariigis aastatel 1993–1999;

 - SOLEVITA kaubamärgi all aastatel 1993–1999 turustatud kaupade nimekiri pealkirjaga „Solevita bis 10/1999” (Solevita kuni 1999. aasta oktoobrini) ja märkusega „Stand: 23. März 1998 — 27.01.00” (seisuga 23. märtsist 1998 — 27.01.00);

— erinevate SOLEVITA kaubamärgi all turustatud puuviljamahlade pakendite näidiste koopiad, kõik dateerimata.

- 9 Vastulausete osakond lükkas hageja esitatud vastulause tagasi 28. märtsil 2002. Oma otsust motiveerides selgitas vastulausete osakond, et hageja esitatud tõendid polnud sisuliselt piisavad tõendamaks varasema siseriikliku kaubamärgi reaalselt ja tegelikku kasutamist. Eriti rõhutab vastulausete osakond asjaolu, et pakendite näidised ei ole dateeritud, et tõendatud tunnistusel on ainult suhteline tõendusjõud, sest selle on andnud hageja juhtivtöötaja, ning lisaks tõendab nimetatud tunnistus kaubamärgi kasutamist ainult kaudselt. Vastulausete osakond leiab, et hageja ei ole esitanud ei arveid ega kolmandate isikute selgitusi, mis võiksid toetada või kinnitada hageja enda näidatud käivet, nii et esitatud tõendusmaterjali hinnates tuleb järeldada, et kaubamärgi reaalne ja tegelik kasutamine ei ole tõendatud. Vastulausete osakond täpsustab ühtlasi, et vastulause tuleb tagasi lükata, sest menetluses vastanduvad kaubamärgid ei ole sarnased.
- 10 Hageja esitas 10. mail 2002 kaebuse vastulausete osakonna otsuse peale. Hageja arvates on kaubamärgi kasutamine antud juhul tõendatud. Hageja leiab, et vastulausete osakond on rikkunud tema õigust olla ära kuulatud, kuna ta ei saanud avaldada oma seisukohta kaubamärgi tegeliku kasutamise tõendamiseks esitatud tõendite hindamise kohta. Vastulausete osakond rikkus ka dispositiivsuse põhimõtet selles osas, milles menetlusse astuja ei vaidlustanud kaubamärgi kasutamist.
- 11 Ühtlustamisameti esimene apellatsioonikoda jättis 30. juuni 2003. aasta otsusega (edaspidi „vaidlustatud otsus”) kaebuse rahuldamata.

- 12 Apellatsioonikoda rõhutab seoses kaubamärgi kasutamise tõendamisega seda, et tõendatud tunnistus on ühepoolne tunnistus, mille on koostanud asjaomane pool või tema töötaja, ning et sellisest tunnistusest ei piisa objektiivsete asjaolude tõendamiseks, kui sellele ei ole lisatud täiendavaid tõendeid, nagu näiteks arveid, mida käesoleval juhul tehtud ei ole. Lisaks ei sisaldanud pakendite näidiste koopiad viiteid turustamise ajale, seega leiab apellatsioonikoda, et need ei saa kinnitada näidatud käibe suurust, nagu seda ei kinnita ka teised esitatud tõendid. Apellatsioonikoda märgib, et vastulausete osakond tegi õige järelduse, leides, et esitatud tõendusmaterjal ei ole piisav tõendamaks kaubamärgi kasutamist asjaomasel ajavahemikul.
- 13 Seoses määruse nr 40/94 artikli 73 teises lauses sätestatud õigusega olla ära kuulatud rõhutab apellatsioonikoda, et ühtlustamisametil on õigus toimiku materjalide hindamisel kasutada kõiki poole esitatud materjale, ilma et poolele oleks eelnevalt antud võimalust avaldada nende suhtes oma seisukohta, sest eeldatakse, et pool tunneb nimetatud materjale. Dispositiivsuse põhimõtte suhtes märgib apellatsioonikoda, et kaubamärgi kasutamise küsimuses kehtib see põhimõte ainult selles mõttes, et kaubamärgi taotleja võib oma taotluse igal hetkel tagasi võtta. Seega ei ole vastulausete osakond rikkunud määruse nr 40/94 artikli 74 lõiget 1.

Poolte nõuded

- 14 Hageja palub Esimese Astme Kohtul:

— tühistada vaidlustatud otsus;

— jätta kohtukulud ühtlustamisemeti kanda.

15 Ühtlustamisemet ja menetlusse astuja paluvad Esimese Astme Kohtul:

— jätta hagi rahuldamata;

— jätta kohtukulud hageja kanda.

Õiguslik käsitus

16 Oma hagi toetuseks on hageja toonud välja kolm fakti- ja õigusväidet. Esimese väitega vaidlustab ta apellatsioonikoja järelduse, et antud juhul ei olnud kaubamärgi kasutamine tõendatud. Teises ja kolmandas väites leiab hageja, et rikutud on õigust olla ära kuulatud ning dispositiivsuse põhimõtet.

Kaubamärgi tegeliku kasutamise tõendamine

Poolte argumendid

17 Hageja esimene väide põhineb viie asjaolu väljatoomisel.

- 18 Esiteks, arvestades määruse nr 40/94 artikli 43 lõigete 2 ja 3 sõnastust ning viidates ühtlustamisameti apellatsioonikodade mitmele otsusele, märgib hageja, et „tegeliku” kasutamise all peetakse silmas varasema kaubamärgi reaalsel kasutamist, millega soovitakse juhtida potentsiaalse tarbija tähelepanu selle kaubamärgi all pakutavatele kaupadele või teenustele. Seega ei nõua määruse nr 40/94 artikli 43 lõige 3 kaubamärgi kasutamise laialdast tõendamist erinevalt sama määruse teistest sätetest, näiteks artikli 7 lõikest 3. Asjaolude, et varasemat kaubamärki on tõepoolest kasutatud ning et seda ei ole turul kasutatud vaid „fiktiivselt”, tõendamine on piisav.
- 19 Teiseks toob hageja esile, et apellatsioonikoda viitas oma otsuses Euroopa Kohtu 11. märtsi 2003. aasta otsusele kohtuasjas C-40/01: Ansul (EKL 2003, lk I-2439) ja Esimese Astme Kohtu 12. märtsi 2003. aasta otsusele kohtuasjas T-174/01: Goulbourn v. Siseturu Ühtlustamise Amet — Redcats (Silk Cocoon) EKL 2003, lk II-789). Hageja arvates näib apellatsioonikoda arvavat, et mõlemas nimetatud kohtuotsuses käsitletakse küsimust, millised dokumendid on piisavad, et tõendada kaubamärgi tegelikku kasutamist. See ei ole siiski nii, sest neil kohtuotsustel ei ole hageja arvates midagi ühist käesoleva hagi esemega.
- 20 Kolmandaks, viidates määruse nr 40/94 artikli 43 lõikele 2 ning komisjoni 13. detsembri 1995. aasta määruse (EÜ) nr 2868/95, millega rakendatakse nõukogu määrus (EÜ) nr 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT L 303, lk 1), eeskirja 22 lõigetele 2 ja 3, vaidlustab hageja apellatsioonikoja seisukoha, mille kohaselt teatud dokumentide esitamine, tõendamaks usutavalt kaubamärgi kasutamist, on piisav Saksa õiguse kohaselt, kuid alati ei võimalda tõendada kasutamist määruse nr 40/94 mõttes. See märkus puudutab eriti asjaolu, et tõendatud tunnistuse tõendusjõud on hinnatud väiksemaks, kui see on tavaliselt Saksa õiguse kohaselt.
- 21 Neljandaks leiab hageja, et vaidlustatud otsus on vastuolus ühtlustamisameti kolmanda apellatsioonikoja 11. juuli 2001. aasta otsusega asjas R 759/2000-3:

Grafenwalder v. Grafenwalder. Nimetatud asjas esitas vastulause esitaja tondatud tunnistuse, kavete nimekirja asjaomase perioodi iga kuu kohta, kaks koopiat tema kaubamärki all toodetud kaupadest ning reklaamilehe. Hageja rõhutab, et nimetatud asjas tunnistas apellatsioonikoda vastulausete osakonna seisukoha valeks ning täpsustas oma otsuse punktis 22, et „vastulause esitaja poolt käesolevas asjas esitatud materjal on piisav, et neile nõuetele vastata, arvestades eriti seda, et eeskiri [maaruse nr 2868/95, eeskiri 22] ei nõua kogu selles nimetatud tondusmaterjali esitamist kumulatiivselt”. Hageja arvates kinnitas seda oguslikku arvamust ka teise apellatsioonikoja 8. novembri 2000. aasta otsus asjas R 756/1999-2: DOCTORS v. DOC & TORS.

22 Viiendaks leiab hageja, et toimikusse lisatud materjalidest tervikuna tuleneb kahtlemata, et varasemat kaubamärki on asjaomasel ajavahemikul Saksamaal, st maal, kus nimetatud kaubamärk on registreeritud, asjaomaste toodete puhul tegelikult ja palju kasutatud. Oma seisukoha toetuseks viitab hageja ühtlustamisameti esimese apellatsioonikoja 6. aprilli 2001. aasta otsusele asjas R 129/2000-1: VISIO v. VISION. Eelnevast tuleneb, et käesoleval juhul on tondatud kaubamärki tegelik kasutamine maaruse nr 40/94 artikli 43 lõike 2 mõttes.

23 ühtlustamisamet leiab, et kuigi vastulausemenetluses ei ole nõutav, et vastulause esitaja tondaks oma kaubamärki kasutamise käigus omandatud eristusvõimet, nagu see on ette nahitud maaruse nr 40/94 artikli 7 lõikes 3, ei vabasta see vastulause esitajat temal lasuvast tondamiskoormisest.

24 Vastupidi, maaruse nr 40/94 artikli 43 lõike 2 alusel peab vastulause esitaja tondama, et asjaomase ajavahemiku jooksul kasutati kaubamärki tegelikult.

- 25 Loomulikult ei nõua määruse nr 2868/95 eeskirja 22 lõige 3 kõigi selles sättes nimetatud tõendite esitamist kumulatiivselt. Vastulause esitaja tõendid peavad siiski lubama teha selgeid järeldusi varasema kaubamärgi kasutamise kohta, aja, ulatuse ja olemuse üle sama eeskirja lõike 2 mõttes.
- 26 Ühtlustamisamet tunnistas, et käesoleval juhul toimikusse lisatud materjalid on lubatavad tõendid määruse nr 40/94 artikli 76 lõike 1 ning määruse nr 2868/95 eeskirja 22 lõigete 2 ja 3 mõttes. Eriti täpsustab ta, et hageja esitatud „tõendatud tunnistus” on lubatav tõend.
- 27 Ühtlustamisamet leiab, et siiski tuleb sellise tunnistuse tõendusjõudu hinnata kogumis teiste esitatud materjalidega vastavalt nende sisule ning üksikjuhtumi asjaoludele. Sellise hindamise tulemuseks on see, et nimetatud tõendatud tunnistus üksi või koos selle lisadena esitatud kaupade nimekirjaga ei ole piisav, et tõendada varasema õiguse tegelikku kasutamist.
- 28 Ühtlustamisameti arvates kajastab tõendatud tunnistusele lisatud nimekiri ainult tunnistuses nimetatud arve ilma neid tegelikult tõendamata. Seega ei ole need andmed piisavad tegeliku kasutamise tõendamiseks, juhul kui neid ei kinnita lisaks näiteks arved, kataloogid või reklaamikuulutused. Dateerimata kaupade pakendite koopiad võimaldavad teha ainult paljaid oletusi ning seega ei saa nad kinnitada teisi tõendeid ja tunnistusi.

- 29 Ka menetlusse astuja tunnistab, et tõendatud tunnistus on lubatav tõend, mis on otseselt ette nähtud määruse nr 40/94 artikli 76 lõike 1 punktis f. Siiski on ühtlustamisameti, või täpsemalt tema apellatsioonikodade ülesanne hinnata vabalt ning oma arusaamise kohaselt selle tõendatud tunnistuse tõendusjõudu.
- 30 Käesolevas asjas sisalduvad müügiühikute ning kaupade väidetava müügiperioodi andmed ainult hageja rahvusvahelise müügi direktori tõendatud tunnistuses. Kaupade esitlus on pärit ka ainult hagejalt ning seda ei toeta ükski objektiivne tõend. Seega ei suurenda ka see tõendatud tunnistuse tõendusjõudu. Tegelikult on see vaid ühe poole kirjalik väide, millel tõendusjõud puudub hoopiski. Menetlusse astuja arvates on pakendite näidised ainsad objektiivsed tõendid, mida hageja on esitanud. Kuid esitatud pakendite näidised ei näita nende kasutamise kuupäeva ega kehtivusperioodi.
- 31 Menetlusse astuja täpsustab, et ka Saksa õiguse kohaselt piisab tõendatud tunnistusest, tõendamaks tegelikku ja reaalselt kasutamist ainult juhul, kui sellele on lisatud muud tõendusmaterjali, millele toetuda. Seejuures viitab ta ühtlustamisameti esimese apellatsioonikoja hagiavalduses nimetatud otsusele.

Esimese Astme Kohtu hinnang

- 32 Määruse nr 40/94 artikli 43 lõigetes 2 ja 3 on ette nähtud, et ühenduse kaubamärgi taotleja võib nõuda tõendeid, et varasemat ühenduse kaubamärki on ühenduses tegelikult kasutatud viie aasta jooksul enne ühenduse kaubamärgi taotluse avaldamist ning et see on vastulause aluseks.

- 33 Määruse nr 2868/95 eeskirja 22 lõike 2 alusel koosnevad kasutamist tõendavad näited ja tõendid viidetest varasema kaubamärgi kasutamise kohale, ajale, ulatusele ja olemusele kaupade ja teenuste puhul, mille jaoks see on registreeritud ning mis on vastulause aluseks. Sama normi kohaselt peab kasutamist tõendavate näidete kohta olema toodud „neid viiteid kinnit[avad] tõend[id]”.
- 34 Määruse nr 2868/95 eeskirja 22 lõige 3 täpsustab, et kaubamärgi kasutamise tõendite esitamine piirdub „põhimõtteliselt” tõendavate dokumentide ning selliste esemete nagu [„näiteks”] pakendite, etikettide, hinnakirjade, kataloogide, arvete, fotode ja ajalehereklaamide ning määruse nr 40/94 artikli 76 lõike 1 punkti f kohaste kirjalike tunnistuste esitamisega, milleks on eriti kirjalikud, tõendatud tunnistused.
- 35 Lisaks tuleb tegeliku kasutamise mõiste tõlgendamisel arvesse võtta asjaolu, et nõude, mille kohaselt on varasem kaubamärk pidanud olema tegelikult kasutuses, selleks et oleks võimalik ühenduse kaubamärgi taotluse suhtes vastulause esitada, *ratio legis* on piirata kahe kaubamärgi vahelisi vastuolusid niivõrd, kuivõrd ei esine kaubamärgi tegelikust turufunktsioonist tulenevat mõistlikku majanduslikku põhjust (eespool punktis 19 viidatud kohtuotsus Silk Cocoon, punkt 38). Seevastu ei ole nimetatud sätte eesmärgiks ei majandusliku edu hindamine, ettevõtte majandusstrateegia kontrollimine ega ka piirdumine kaubamärkide kaitsmisega ainult nende suuremahulise kaubandusliku kasutamise korral (Esimese Astme Kohtu 8. juuli 2004. aasta otsus kohtuasjas T-334/01: MFE Marienfelde v. Siseturu Ühtlustamise Amet — Vétoquinol (HIPOVITON), EKL 2004, lk II-2787, punkt 32).
- 36 Nagu tuleneb nõukogu 21. detsembri 1988. aasta direktiivi 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta (EÜT 1989, L 40, lk 1; ELT erivaljaanne 17/01, lk 92) artikli 12 lõike 1, mille normatiivne sisu on vastavuses määruse nr 40/94 artikliga 43, tõlgendamist puudutavast, eespool

punktis 19 viidatud kohtuotsusest *Ansul*, on kaubamärgi kasutus tegelik juhul, kui seda on kasutatud kooskõlas põhieesmärgiga, milleks on tagada kaubamärgiga kaitstud kaupade ja teenuste algupära nendele kaupadele ja teenustele turuosa loomiseks või säilitamiseks, tegelikult kasutuseks ei loeta üksnes sümboolse iseloomuga kasutamist, mille ainsaks eesmärgiks on säilitada kaubamärgiga loodud õigusi (punkt 43). Peale selle nõuab kaubamärgi tegeliku kasutamise tingimus, et kaubamärki, mis on asjaomasel territooriumil kaitstud, oleks kasutatud avalikult ja väljapoole suunatult (eespool punktis 19 viidatud kohtuotsus *Silk Cocoon*, punkt 39; vt selle kohta analoogia alusel eespool punktis 19 viidatud kohtuotsus *Ansul*, punkt 37).

- 37 Kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamine peab tuginema nende faktide ja asjaolude kogumile, mille abil on võimalik kindlaks teha, kas kaubamärgi kaubanduslik kasutamine on aset leidnud, st eelkõige vastavas majandussektoris kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste jaoks turuosa säilitamiseks või loomiseks põhjendatuks loetud kasutamine, kaupade või teenuste olemus, turu omadused, kaubamärgi kasutamise ulatus ja sagedus (eespool punktis 35 viidatud kohtuotsus *HIPOVITON*, punkt 34; vt selle kohta analoogia alusel eespool punktis 19 viidatud kohtuotsus *Ansul*, punkt 43).
- 38 Uurides varasema kaubamärgi kasutamise tegelikkust, tuleb läbi viia üksikjuhtumi kõiki asjakohaseid tegureid arvesse võttev üldine hindamine (eespool punktis 35 viidatud kohtuotsus *HIPOVITON*, punkt 36). Lisaks ei saa kaubamärgi tegelikku kasutamist tõendada tõenäosuse või oletustega, vaid see peab tuginema usaldusväärsetele ja objektiivsetele tõenditele kaubamärgi efektiivse ja küllaldase kasutamise kohta asjaomasel turul (Esimese Astme Kohtu 12. detsembri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-39/01: *Kabushiki Kaisha Fernandes v. Siseturu Ühtlustamise Amet — Harrison (HIWATT)*, EKL 2002, lk II-5233, punkt 47).
- 39 Antud juhul sisaldasid hageja rahvusvahelise müügi direktori kirjalik tunnistus ning tabeli vormis nimekiri, milles on loetletud turustatud kaubad, viiteid kaubamärgi kasutamisele, selle kasutamise kohale (Saksamaa), ajale (1993–1999), ulatusele (andmed käibe kohta aastate ja erinevate kaupade lõikes) ning loetletud kaupade olemusele (nimelt puuviljamahlad).

- 40 Seoses hageja rahvusvahelise müügi direktori kirjaliku tunnistusega tuleb märkida, et määruse nr 40/94 artikli 76 lõike 1 punktis f on ette nähtud, viitega määruse nr 2868/95 eeskirjale 22, kaubamärgi kasutamise tõendina „kirjalikud, vande all antud või tõendatud ütlused või ütluste andmisele liikmesriigi seaduste kohaselt samaväärsed muud ütlused”. Sellest tuleneb, et kirjaliku tunnistuse toimet tuleb asjaomase liikmesriigi seadusandluse kohaselt hinnata ainult juhul, kui tunnistus ei ole antud vande all või ei ole tõendatud. Käesolevas asjas on selge, et hageja rahvusvahelise müügi direktori antud kirjalik tunnistus on tõendatud tunnistus ning et apellatsioonikoda on tunnistanud selle lubatavaks. Järelikult, juba ilma et peaks analüüsima selle mõjusid Saksa õiguses, on selle tunnistuse näol tegemist määruse nr 40/94 artikli 76 lõike 1 punktis f nimetatud tõendiga, millele viitab määruse nr 2868/95 eeskiri 22.
- 41 Kuigi tõendatud tunnistus ja tabeli vormis esitatud hageja turustatud kaupade nimekiri on käsitletavad lubatava tõendusmaterjalina, tuleb siiski läbi viia kõiki asjakohaseid tegureid arvesse võttev üldine toimikus sisalduvate tõendite hindamine, selleks et teha kindlaks, kas kaubamärgi tegelik kasutamine on tõendatud. Selles suhtes tuleb rõhutada, et määruse nr 2868/95 eeskirja 22 lõike 3 mõttes on pooltel valida erinevate kaubamärgi kasutamist tõendavate dokumentide vahel. Lisaks ei saa ei määruse nr 40/94 ega määruse nr 2868/95 alusel järeldada, et kaubamärgi kasutamist tõendavate dokumentide põhjal kas üksikult või kogumis, peab ühtlustamisamet tingimata leidma, et kaubamärgi tegelik kasutamine on tõendatud.
- 42 Käesolevas asjas tuleb esmalt rõhutada, et tõendatud tunnistuse ning tabeli vormis esitatud turustatud kaupade nimekirja on koostanud hageja ise. Selles suhtes tuleb märkida, et dokumendi tõendusjõu hindamiseks peab kõigepealt tegema kindlaks selle sisu tõenäosuse. Seejuures tuleb eriti arvesse võtta dokumendi päritolu, dokumendi koostamise asjaolusid, dokumendi aadressaati ja et kas dokumendi sisu arvestades näib ta mõistlik ja usutav (vt selle kohta analoogia alusel Esimese Astme Kohtu 15. märtsi 2000. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–

T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 ja T-104/95: Cimenteries CBR jt v. komisjon, EKL 2000, lk II-491, punkt 1838; vt ka kohtujurist P. Léger ettepanek kohtuasjas C-57/02 P: Acerinox v. komisjon, EKL 2005, lk I-6689, punkt 202). Ei määruse nr 40/94 ega määruse nr 2868/95 alusel saa järeldada, et kaubamärgi kasutamise tõendamisvahendite, k.a tõendatud tunnistuse tõendusjõudu peab analüüsima liikmesriigi siseriiklikest õigusaktidest lähtuvalt.

- 43 Teiseks ei esitanud hageja ühtlustamisameti ees toimunud menetluse jooksul muud tõendusmaterjali, mis kinnitaks eriti tõendatud tunnistuses või turustatud kaupade nimekirjas nimetatud arve.
- 44 Ainsaks toimikuga liidetud lisamaterjaliks olid asjaomaste kaupade pakendite näidiste dateerimata koopiad. Isegi kui need koopiad oleksid võinud tõendada kaubamärgi kasutamise „olemust” (puuviljamahl) ning ehk ka „kohta” (pakendite näidistel olid saksakeelsed kirjad), ei sisaldanud nad siiski andmeid, mis oleksid tõendanud kasutamise aega ja ulatust.
- 45 Lõpetuseks tuleb märkida, et lisamaterjal, mis oleks võinud tõendada tõendatud tunnistuses sisalduvaid andmeid — näiteks arved, kataloogid või ajalehekuulutused — ei ole sellised, mida oleks hagejal olnud raske hankida. Iseäranis oleks võinud lisamaterjale esitada apellatsioonikojale, arvestades seda, et vastulausete osakonna otsuses oli juba leitud, et kaubamärgi kasutamist kinnitavad tõendid on ebapiisavad.

- 46 Eelneva alusel ning kõiki asjaomaseid tegureid arvestades tuleb järeldada, et apellatsioonikoda ei eksinud, leides, et varasema siseriikliku kaubamärgi kasutamine ei ole käesoleval juhul tõendatud.
- 47 Hageja ülejäänud argumendid ei saa seda järeldust muuta.
- 48 Seoses sellega, et apellatsioonikoda osundas vaidlustatud otsuses eespool punktis 19 viidatud otsuseid kohtuasjades Ansul ja Silk Cocoon, mis olevat antud juhul ebaolulised, tuleb vastupidiselt hageja esitatule sedastada, et apellatsioonikoda ei märkinud, et need kohtuotsused oleksid käsitlenud kaubamärgi tegelikku kasutamist piisavalt tõendavate dokumentide küsimust. Nagu on selgelt näha vaidlustatud otsuse punktist 15, viitas apellatsioonikoda neile otsustele ainult osas, milles need määratlesid kaubamärgi „tegeliku kasutamise” mõistet ühenduse õigusnormide mõttes. Seega on antud argument sisuliselt puudulik.
- 49 Seoses väitega, et ühtlustamisameti apellatsioonikodade varasemad otsused olevat vaidlustatud otsusega vastuolus, piisab märkimisest, et apellatsioonikodade otsuste õiguspärasust tuleb hinnata üksnes määruse nr 40/94 alusel ühenduste kohtu tõlgenduses, mitte aga apellatsioonikodade varasema praktika alusel (Esimese Astme Kohtu 9. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas T-36/01: Glaverbel v. Siseturu Ühtlustamise Amet (klaasplaadi pind), EKL 2002, lk II-3887, punkt 35, ja 20. novembri 2002. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-79/01 ja T-86/01: Bosch v. Siseturu Ühtlustamise Amet (Kit pro ja Kit Super Pro), EKL 2002, lk II-4881, punkt 32). Seega on see argument nõrk.
- 50 Kõikidel nendel põhjustel tuleb esimene väide tagasi lükata.

Õiguse olla ära kuulatud rikkumine

Poolte argumendid

- 51 Hageja on seisukohal, et kuna apellatsioonikoda ei lasknud tal aru saada, et ta kahtleb tõendatud tunnistuse usaldusväärsuses ning et ta omistab tunnistusele ainult piiratud tõendusjõu, oleks ta pidanud hagejale vastavalt määruse nr 40/94 artikli 73 teisele lausele andma eelnevalt võimaluse esitada oma seisukoht. Hageja täpsustab, et arvestades ühe teise apellatsioonikoja otsust teises asjas (eespool punktis 21 viidatud kohtuasi *Grafenwälder v. Grafenwalder*), võis ta eeldada, et ühtlustamisametile esitatud dokumendid on piisavad andmaks teavet kaubamärgi kasutamise kohta, aja, ulatuse ning olemuse kohta. Hageja märgib, et iseäranis ei olnud tal põhjust arvata, et apellatsioonikoda omistab tõendatud tunnistusele ainult piiratud tõendusjõu. Hageja leiab, et seega oleks pädev „kohus” pidanud teda teavitama õiguslikust arvamusest, mida hageja ei teadnud ning millele nimetatud „kohus” kavatses oma otsuses tugineda. Nende asjaolude poolest erineb käesolev kohtuasi kohtuasjast T-198/00: *Hershey Foods v. Siseturu Ühtlustamise Amet (Kiss Device with plume)*, EKL 2002, lk II-2567, milles Esimese Astme Kohus tegi 5. juunil 2002 otsuse, millele vaidlustatud otsuses viidatakse.
- 52 Ühtlustamisamet leiab, et õigus olla ära kuulatud laieneb kõikidele faktilistele või õiguslikele asjaoludele, mis on otsustamise aluseks, kuid mitte haldusorgani kavandatavale lõplikule seisukohale. Neil asjaoludel ei ole ühtlustamisameti arvates vastulausete osakond rikkunud õigust olla ära kuulatud; igal juhul ei saa vastulausete osakonna otsus olla hagi esemeks Esimese Astme Kohtus.
- 53 Kui aga hageja väide viitab siiski apellatsioonikoja otsusele, leiab ühtlustamisamet, et õiguse olla ära kuulatud võimaldamisest keeldumise etteheide ei ole mõistetav, kuna

apellatsioonikoda lükkas vastulause tagasi sellesama põhjendusega, mille oli välja toonud vastulausete osakond.

- 54 Menetlusse astuja leiab, et ühtlustamisamet võib oma otsuses tugineda ainult sellistele asjaoludele, millest mõlemad pooled on teadlikud ja mille suhtes on neil olnud võimalik esitada oma seisukoht. Hinnangu andmine, mil määral teatud esitatud asjaoludest piisab, et tõendada kaubamärgi reaalselt ja tegelikku kasutamist, on õiguslik küsimus. Tegemist ei ole mitte faktide tuvastamisega, vaid esitatud dokumentidele õigusliku hinnangu andmisega, millest ühtlustamisamet ei pea pooli eelnevalt teavitama. Menetlusse astuja märgib ühtlasi, et tegemist oleks ühtlustamisameti erapooletuse kohustuse rikkumisega, juhul kui ühtlustamisamet paluks ühel poolel tuua kaubamärgi kasutamise tõendamiseks rohkem tõendusmaterjali.

Esimese Astme Kohtu hinnang

- 55 Esmalt tuleb märkida, et väites, milles hageja leiab, et rikutud on tema õigust olla ära kuulatud, väidab ta tegelikult, et rikutud on määruse nr 40/94 artikli 73 teist lauset, milles on sätestatud, et ühtlustamisameti otsuste aluseks võivad olla üksnes põhjused või tõendid, mille osas huvitatud isikutel on olnud võimalik esitada oma seisukoht.
- 56 Lisaks tuleb rõhutada, et hageja on kohtuistungil sedastanud, et käesoleva väitega viitab ta nii menetlusele, mille tulemusena võeti vastu vastulausete osakonna otsus, kui ka menetlusele, mille käigus jõuti vaidlustatud otsuseni.
- 57 Menetlusele, mille tulemusena võeti vastu vastulausete osakonna otsus, viitas hageja käesoleva väite osas esmakordselt suulise menetluse käigus.

- 58 Esimese Astme Kohtu kodukorra artikli 48 lõike 2 esimese lõigu kohaselt ei või menetluse käigus esitada uusi väiteid, kui need ei tugine menetluse käigus ilmsiks tulnud õiguslikele ja faktilistele asjaoludele.
- 59 Igal juhul võib määruse nr 40/94 artikli 63 lõike 1 kohaselt esitada Euroopa Kohtule kaebusi ainult apellatsioonikodade otsuste peale. Seega tuleb sedastada, et sellise hagi raames on vastuvõetavad ainult sellised väited, mis on suunatud apellatsioonikoja otsuse vastu.
- 60 Määruse nr 40/94 artikli 73 teise lause rikkumist käsitlev väide tuleb seega osas, milles ta on suunatud vastulausete osakonna otsuse vastu, vastuvõetamatuna tagasi lükata.
- 61 Vaidlustatud otsusega seoses tuleb märkida, et selle otsuse punktis 26 on õigustatult leitud — isegi kui eeldada, et hageja heidab apellatsioonikoja tegelikult ette seda, et see ei tühistanud vastulausete osakonna otsust väidetava menetlusvea tõttu —, et ühtlustamisametil on õigus toimiku hindamisel kasutada kõiki ühe poole esitatud andmeid, ilma et ühtlustamisamet võimaldaks tal eelnevalt nende suhtes oma seisukohta väljendada. Igal juhul ei olnud apellatsioonikoda kohustatud tühistama vastulausete osakonna otsust ainult sel põhjusel, et otsus ei olnud sisuliselt õigusvastane. Lisaks tuleb rõhutada, et hageja esitas apellatsioonikoja kaebuse just nimelt seepärast, et panna maksma oma seisukohta kaubamärgi tegelikku kasutamist tõendavate, esitatud dokumentide sobivuse suhtes, ning selles osas on tal olnud võimalus olla ära kuulatud.

- 62 Seoses õigusega olla ära kuulatud apellatsioonikojas tuleb meenutada, et faktide hindamine on osa otsuseni jõudmisest. Õigus olla ära kuulatud laieneb kõikidele faktilistele ja õiguslikele asjaoludele, mis on otsuse aluseks, kuid mitte haldusorgani võetavale lõplikule seisukohale (vt analoogia alusel Esimese Astme Kohtu 21. jaanuari 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-129/95, T-2/96 ja T-97/96: Neue Maxhütte Stahlwerke ja Lech-Stahlwerke v. komisjon, EKL 1999, lk II-17, punkt 231). Lisaks, nagu juba rõhutatud, esitas hageja ise ühtlustamisametile vaidluse keskmes olevad dokumendid ja ilmselt oli tal võimalus dokumentide ja nende sobivuse suhtes väljendada oma seisukohta. Neil asjaoludel ei olnud apellatsioonikoda kohustatud andma hagejale võimalust seisukohtavõtuks faktiliste asjaolude osas, millele ta kavatses oma otsuses tugineda.
- 63 Eelnimetatud põhjustel tuleb määruse nr 40/94 artikli 73 teise lause rikkumist käsitlev väide tagasi lükata.

„Dispositiivsuse” põhimõtte rikkumine

Poolte argumendid

- 64 Hageja arvamuse kohaselt ei ole apellatsioonikoda määruse nr 40/94 artikli 74 lõikes 1 sätestatud dispositiivsuse põhimõtte kohaselt õigustatud käsitlema esitatud andmeid omal algatusel vaieldavatena ning otsustama, et tõendatud tunnistusel on ainult piiratud tõendusjõud, kuni menetlusse astuja märkuste või esitatud dokumentides sisalduvate vastuoluliste viidete tõttu ei ole alust kahelda tõendatud tunnistuses sisalduvates andmetes.

- 65 Käesolevas asjas on apellatsioonikoda asunud ekslikult seisukohale, et määruse nr 40/94 artikli 74 lõiget 1 ei ole rikutud. Apellatsioonikoda ei ole pööranud tähelepanu asjaolule, et menetlusse astuja ei vaidlustanud kaubamärgi kasutamise tõendamiseks esitatud tõendeid. Lisaks ei ole apellatsioonikoda arvesse võtnud asjaolu, et sisuliselt olid need tõendid oma olemuse ning sisu poolest vaikumisi tunnustatud tõendusjulisteks, kuna menetlusse astuja kitsendas oma kaupade nimekirja ning järgnevalt, k.a apellatsioonikojas toimunud menetluses, avaldas ta oma seisukohta ainult segiajamise tõenäosuse suhtes. Nendel asjaoludel ei olnud ühtegi põhjust kahelda esitatud dokumentide täpsuses ning tõepärasuses. Hageja arvates puudus vastulausete osakonnal igasugune õiguslik alus esiteks leida omal algatusel, et dokumentide sisu on vaieldav, ning teiseks, kahelda tõendatud tunnistuses sisalduvate viidete usaldusväärusel, ja kolmandaks otsustada, et neil on ainult piiratud tõendusjõud. Juba ainult seepärast on vaidlustatud otsus tehtud olulise menetlusveaga.
- 66 Seoses küsimusega, kas kasutamine on tõendatud juhul, kui menetlusse astuja pärast hageja kasutamist kinnitavate dokumentide esitamist neid ei vaidlusta, leiab ühtlustamisamet, et Esimese Astme Kohus on selles küsimuses võtnud juba seisukoha oma 13. juuni 2002. aasta otsuses kohtuasjas T-232/00: Chef Revival USA v. Siseturu Ühtlustamise Amet — Massagué Marín (Chef) (EKL 2002, lk II-2749). Selle otsuse kohaselt tuleneb määruse nr 40/94 artikli 74 lõikest 1, et mõlemad pooled on kohustatud esitama oma nõudmiste põhjendamiseks tõendeid. Otsuses ei ole nimetatud sellest põhimõttest ühtegi erandit juhuks, kui tõendeid ei ole vaidlustatud.
- 67 Ühtlustamisamet rõhutab küsimuse puhul, kas tõendite vaidlustamata jätmist võib käsitleda asjaoludega nõustumisena, et ei määrukses nr 40/94 ega määrukses nr 2868/95 ei ole sellist põhimõtet nimetatud. Kui taotleja ei väljenda oma seisukohta, siis võib ühtlustamisamet vastulause suhtes langetada otsuse tema käsutuses olevatele tõenditele tuginedes. Ühtlustamisamet leiab, et ka siis, kui kaubamärgi taotleja vastulauset ei vaidlusta, on ühtlustamisameti käsutuses tema taotlus ja koos vastulausega moodustab see otsuse vastuvõtmiseks vajaliku aluse.

- 68 Ühtlustamisamet lisab, et määruse nr 40/94 artikli 43 lõike 2 kohaselt lükatakse vastulause tagasi, kui kaubamärgi taotleja nõuab vastulause esitaja kaubamärgi kasutamise tõendamist ning need tõendid puuduvad.
- 69 Arvestades nimetatud asjaolusid, täpsustab ühtlustamisamet lõpetuseks, et hageja argumentid, et taotluse kitsendamine tähendab vähimisi tema tõendite tunnistamist, ei ole võimalik aru saada. Ühtlustamisameti arvates on niimoodi võimalik taotlust kitsendada igal ajal ning see ei pea olema seotud vastulause menetlusega. Hageja sellekohane järeldus ei ole veenev.
- 70 Menetlusse astuja märgib, et määruse 40/94 artikli 74 lõike 1 kohaselt piirdub ühtlustamisamet kontrollimisel siiski osaliste esitatud faktide, tõendite ja väidete ning esitatud nõudmistega. Seega ei saa vastulause tagasi lükata ainult sel põhjusel, et vastulause esitaja ei ole tõendanud reaalselt ja tegelikku kasutamist, kui taotleja ei ole vastulause aluseks oleva kaubamärgi kasutamist üldse vaidlustanudki. Samas leiab menetlusse astuja, et juhul kui mingil ajahetkel menetluse kestel on vastulause aluseks oleva kaubamärgi kasutamist vaidlustatud, siis kehtib see vaidlustamine kogu menetluse vältel, kaasa arvatud võimalik edasikaebemenetlus. Seega puudub vajadus vaidlustamist korrata, kuna see ei kehti ainult juhul, kui kaubamärgi taotleja on selle sõnaselgelt tagasi võtnud või on otsesõnu tunnistanud varasema kaubamärgi reaalselt ja tegelikku kasutamist; käesolevas asjas seda aga tehtud ei ole.
- 71 Menetlusse astuja lisab, et apellatsioonikojas toimunud menetluse jooksul esitas ka tema oma seisukoha kaubamärgi puuduliku kasutamise osas. Asjaolu, et ta tõi vastulausemenetluses esile ainult kaubamärkide segiajamise tõenäosuse argumenti, ei tähenda, et ta oleks loobunud varem esitatud väitest kaubamärgi reaalse ja tegeliku kasutamise kohta. Selline loobumine oleks pidanud olema sõnaselgelt väljendatud, aga käesoleval juhul see nii ei olnud.

- 72 Menetlusse astuja märgib seoses tema registreerimise taotluses olnud kaupade nimekirjaga, et kaupade nimekirja kitsendamine ei tähenda, et ta oleks vaikumisi loobunud kaubamärgi kasutamist vaidlustamast. Vaidlustamisest oleks olnud võimalik loobuda ainult ühtlustamisametile otsesõnu esitatud ütlusega. Menetlusse astuja lisab, et kaupade ja teenuste nimekirja kitsendamine puudutab muid faktilisi asjaolusid ja viise teiste vastulausemenetluste lõpetamiseni.

Esimese Astme Kohtu hinnang

- 73 Esmalt tuleb arvestada seda, et väites „dispositiivsuse” põhimõtte rikkumist, viitab hageja tegelikult, et rikutud on määruse nr 40/94 artikli 74 lõiget 1.
- 74 Selles sättes on ette nähtud, et „registreerimisest keeldumise suhteliste põhjustega seotud menetlustes piirdub ühtlustamisamet siiski kontrollimisel osaliste esitatud faktide, tõendite ja väidetega ning esitatud nõudmistega.” Mõiste „nõudmised” hõlmab antud juhul nii kaubamärgi registreerimise taotlust kui ka selle vastu esitatud vastulauset. Mõistetega „faktid, tõendid ja väited” peetakse silmas poolte nõudmiste toetuseks esitatud õiguslikke ja faktilisi asjaolusid.
- 75 Käesoleval juhul oli ühtlustamisametile seega esitatud kaks nõudmist määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 mõttes. Menetlusse astuja esimene nõudmine oli suunatud kaubamärgi Salvita registreerimisele. Hageja esitatud teine nõudmine sisaldas vastulause selle kaubamärgi registreerimisele seoses varasema kaubamärgi SOLE-VITA olemasoluga. Need kaks nõudmist tuginesid poolte esitatud faktidele, tõenditele ja väidetele.

- 76 Selles suhtes tuleb märkida, et isegi kui määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 prantsuskeelses versioonis ei ole otsesõnu nimetatud tõendite esitamist poolte poolt, tuleneb siiski sellest sättest, et pooled on ühtlasi kohustatud esitama tõendid oma nõudmiste toetuseks. Sellist tõlgendust kinnitab sama sätte muude keeleversioonide analüüs, eriti ingliskeelne „the facts, evidence and arguments provided by the parties”, saksakeelne „das Vorbringen [...] der Beteiligten” ja itaaliakeelne „[ai] fatti, prove ed argomenti addotti [...] dalle parti” (eespool punktis 66 viidatud kohtuotsus Chef, punkt 45).
- 77 Lisaks sellele peab vastulause esitanud varasema kaubamärgi omanik määruse nr 40/94 artikli 43 lõigete 2 ja 3 kohaselt taotleja nõudmisel tõendama, et seda kaubamärki on tegelikult kasutatud või et mittekasutamise on õigustatud. Kui taotleja esitab sellise nõudmise, lasub vastulause esitajal tegeliku kasutamise (või mittekasutamise õigustavate aluste) tõendamise koormis, kuna vastasel juhul lükatakse tema vastulause tagasi. Selline mõju avaldub ainult siis, kui nõudmine on ühtlustamisametile vormistatud selgesõnaliselt ning õigel ajal. Seega võib tegeliku kasutamise tõendite puudumise korral lükata vastulause tagasi ainult juhul, kui taotleja on selle tõendi esitamist ühtlustamisametilt sõnaselgelt ning õigeaegselt nõudnud (Esimese Astme Kohtu 17. märtsi 2004. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-183/02 ja T-184/02: *El Corte Inglés v. Siseturu Ühtlustamise Amet — González Cabello ja Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR)*, EKL 2004, lk II-965, punktid 38 ja 39).
- 78 Käesolevas asjas palus menetluse astuja 27. oktoobril 1999 määruse nr 40/94 artikli 43 lõike 2 kohaselt hagejal tõendada oma kaubamärgi tegelikku kasutamist. On tuvastatud, et see taotlus esitati selgelt väljendatuna ja õigeaegselt. Seega lasub hagejal oma kaubamärgi tegeliku kasutamise tõendamise koormis.
- 79 Nendel asjaoludel, arvesse võttes seda, et menetluse astuja ei võtnud tagasi kaubamärgi Salvita registreerimise taotlust, et hagejal lasus oma kaubamärgi tegeliku kasutamise tõendamise koormis ja et käesoleval juhul hageja seda ei tõendanud,

tuleb järeldada, et ühtlustamisamet lükkas vastulause tagasi täie õigusega ja seda isegi juhul, kui menetlusse astuja hageja poolt oma vastulause toetuseks esitatud tõendeid ei vaidlustanud.

80 Seoses hageja argumendiga, et menetlusse astuja kitsendas oma taotluses kaupade nimekirja ning seega olevat vaikimisi olnud seisukohal, et kaubamärgi tegelik kasutamine on tõendatud, tuleb märkida, et menetlusse astuja taotles üksnes ühenduse kaubamärgi klassi 5 kaupade nimekirja kitsendamist. Lisaks on selge, et hageja vastulause oli suunatud üksnes ühenduse kaubamärgitaotluse kaupade vastu klassides 29, 30 ja 32. Sellest järeldub, et taotluses nimetatud kaupade nimekirja kitsendamine ei mõjuta käesoleval juhul hageja esitatud vastulauset. Igal juhul tuleb sedastada, et hageja ülesanne on tõendada, et asjaomast kaubamärki on tegelikult kasutatud. Sellise tõendi puudumisel ning arvestades seda, et menetlusse astuja ei ole esitatud kaubamärgi registreerimise taotlust tagasi võtnud, lükkas ühtlustamisamet hageja vastulause õigusega tagasi.

81 Eelnevat arvestades tuleb määruse nr 40/94 artikli 74 lõike 1 teise lause rikkumist käsitlev väide tagasi lükata ja järelikult jätta hagi tervikuna rahuldamata.

Kohtukulud

82 Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus on tehtud hageja kahjuks, mõistetakse kohtukulud vastavalt ühtlustamisameti ja menetlusse astuja nõuetele hagejalt välja.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ESIMESE ASTME KOHUS (viies koda)

otsustab:

- 1. Jätta hagi rahuldamata.**
- 2. Mõista kohtukulud välja hagejalt.**

Vilaras

Dehousse

Šváby

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 7. juunil 2005 Luxembourgis.

Kohtusekretär

H. Jung

Koja esimees

M. Vilaras